

Gerichtlicher Dialog und europarechtskonforme Rechtsfortbildung

Von Wiss. Mit. Mattias Wendel, Maître en droit (Paris 1) und Wiss. Mit. Patricia Sarah Stöbener, LL.M. (King's College London), Berlin*

Europarecht – gerichtlicher Dialog – unmittelbare Anwendbarkeit von Richtlinien – europarechtskonforme Auslegung und Rechtsfortbildung – Vorlagepflicht – Entzug des gesetzlichen Richters

Ausgangsfall

Kurz nach Inkrafttreten der Schuldrechtsreform im Jahr 2002 bestellt Frau A für ihren privaten Gebrauch bei der Unternehmerin B einen Backofen. Eineinhalb Jahre nach Lieferung geht das Gerät wegen eines irreparablen Mangels kaputt. B tauscht den Backofen vereinbarungsgemäß gegen ein neues, funktionsfähiges Gerät aus. Für die bisherige Nutzung des ausgetauschten Backofens verlangt sie von A Zug-um-Zug Wertersatz in Höhe von 70 Euro. B stützt diesen Anspruch auf die zu diesem Zeitpunkt in Deutschland geltenden gesetzlichen Vorschriften über den Verbrauchsgüterkauf, die dem Unternehmer einen Anspruch gegen den Verbraucher auf Wertersatz für die gezogenen Nutzungen gewähren¹. A zahlt. In der Folge gelangt sie jedoch zur Überzeugung, dass die Zahlung ohne Rechtsgrund erfolgt sei, weil die deutschen Vorschriften gegen die sog. Verbrauchsgüterkaufrichtlinie (RL 1999/44/EG, im Folgenden »Richtlinie«) verstießen. Die für den deutschen Gesetzgeber nach Ablauf der Umsetzungsfrist verbindlichen Vorschriften der Richtlinie sehen in Art. 3 II u. III im Falle eines Mangels einen Anspruch des Verbrauchers auf »unentgeltliche Herstellung des vertragsgemäßen Zustands des Verbrauchsguts durch Nachbesserung oder Ersatzlieferung« vor.

Es kommt zum Rechtsstreit, der im Jahr 2006 vor den BGH gelangt. Dieser hält die deutsche Regelung für richtlinienwidrig. Allerdings sieht er keine Möglichkeit, die Gesetzeslage im Wege einer klassischen Auslegung zu korrigieren. Dem stünde neben dem klaren Wortlaut des Gesetzes insbesondere der Wille des Gesetzgebers entgegen. Dieser hatte in den Gesetzgebungsmaterialien wörtlich festgehalten, der Verbraucher müsse dem Verkäufer im Falle der Ersatzlieferung »auch die Nutzungen (...) herausgeben«. Damit werde die Richtlinie korrekt umgesetzt, weil, so der Gesetzgeber ausdrücklich, der Grundsatz der Unentgeltlichkeit im Sinne der Richtlinie sich nicht auf die Herausgabe von Nutzungen und einen diesbezüglichen Wertersatz erstrecke. Der BGH beschließt, das Verfahren auszusetzen und den Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) in Luxemburg mit der Sache zu befassen. B ist der Auffassung, der EuGH müsse das Verfahren bereits als unzulässig abweisen, da der BGH ja selbst einräume, das innerstaatliche Recht nicht contra legem auslegen zu können. Der EuGH könne aber nicht für rein hypothetische Fragen angerufen werden.

Gleichwohl kommt es im Jahr 2008 – unabhängig von der prozessualen Konstellation im Einzelnen – zu einem Urteil des EuGH. Danach ist der Grundsatz der Unentgeltlichkeit im Sinne von Art. 3 II u. III der Richtlinie so zu verstehen, dass ein Verbraucher nicht gegenüber dem Verkäufer zum Wertersatz für gezogene Nutzungen verpflichtet werden darf. Der BGH fragt sich nun, inwiefern er dieses Ergebnis im Verfahren zwischen A und B berücksichtigen kann.

A ist der Auffassung, dass die Vorschriften der Richtlinie unmittelbar anzuwenden sein. Wenn der Staat eine verbraucher-schützende Richtlinie fehlerhaft umsetze, müsse sich der Verbraucher unmittelbar auf ihre Vorschriften berufen können. In

jedem Fall aber sei das deutsche Zivilrecht europarechtskonform auszulegen, notfalls auch gegen den entgegenstehenden Wortlaut. Europarecht habe schließlich Vorrang. Im vorliegenden Fall müsse der BGH jedenfalls zu dem Ergebnis kommen, dass die Zahlung der A ohne Rechtsgrund erfolgt sei.

B hält dem entgegen, dass eine unmittelbare Anwendbarkeit einer Richtlinie in den EU-Verträgen nicht vorgesehen sei. Jedenfalls aber müsse sie im Verhältnis zwischen zwei Privaten aus Gründen der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes ausgeschlossen sein. Wenn ein Staat eine Richtlinie fehlerhaft umsetze, so könne dies allenfalls ihm gegenüber, nicht aber gegenüber einem Privaten vor einem nationalen Gericht geltend gemacht werden. Darüber hinaus finde eine europarechtskonforme Auslegung jedenfalls im Wortlaut der innerstaatlichen Norm ihre Grenzen. Eine darüber hinausgehende Rechtsfortbildung sei nicht möglich. Da hier neben dem eindeutigen Wortlaut der deutschen Bestimmungen sogar der Wille des deutschen Gesetzgebers feststehe, könne man nicht einfach das geltende Gesetzesrecht unangewendet lassen oder durch die Wertungen der Richtlinie ersetzen. Ändern dürfe die Rechtslage einzig der deutsche Gesetzgeber. B habe daher auf Grundlage des geltenden deutschen Rechts ein Anspruch gegen A auf Wertersatz zugestanden.

Bearbeitervermerk:

1. Prüfen Sie gutachterlich, ob das in Frage kommende Verfahren vor dem EuGH zulässig war und formulieren Sie die Rechtsfrage, wie sie der BGH dem EuGH in diesem Rahmen hätte stellen können.

2. Erörtern Sie gutachterlich, ob A die 70 Euro Wertersatz an B ohne Rechtsgrund gezahlt hat.

Abwandlung

Der BGH geht – abweichend vom Ausgangsfall – davon aus, dass die Regelungen der Richtlinie über die Unentgeltlichkeit klar und eindeutig eine Pflicht des Verbrauchers auf Wertersatz für die gezogenen Nutzungen zuließen. Das deutsche Recht sei richtlinienkonform. Deshalb legt der BGH die Frage auch nicht dem EuGH vor. A meint, die Nichtvorlage verstoße gegen Europarecht und verletze sie außerdem in verfassungsrechtlich garantierten Rechten.

Bearbeitervermerk:

3. Erörtern Sie kurz, welche europarechtliche Vorschrift und welche (materiellrechtliche) Norm des GG hier in Betracht kommen und ob diese jeweils verletzt sind.

Hinweis: Der Bearbeitung ist bereits die Rechtslage nach dem Vertrag von Lissabon, in Kraft getreten am 1. Dezember 2009, zugrunde zu legen. Änderungen zur zuvor geltenden Rechtslage ergeben sich daraus vorliegend aber nicht.

* Die Autoren sind wissenschaftliche Mitarbeiter am Walter Hallstein-Institut für Europäisches Verfassungsrecht der Humboldt-Universität zu Berlin, Lehrstuhl Prof. Dr. Dr. h.c. Ingolf Pernice.

¹ §§ 474 aF (bis 15. 12. 2008), 439 IV i. V. m. 346 I, 346 II Nr. 1, 348 BGB.

LÖSUNG

Teil I – Ausgangsfall

A. Zulässigkeit des Verfahrens vor dem EuGH

In Betracht kommt ein Vorabentscheidungsverfahren gemäß Art. 267 AEUV (ex-Art. 234 EG).

I. Zuständigkeit des EuGH

Der EuGH ist zuständig, soweit nicht dem Gericht erster Instanz (EuG) eine Zuständigkeit ausdrücklich gemäß Art. 256 AEUV (ex-Art. 225 EG) i. V. m. der Satzung des Gerichtshofs zugewiesen wird. Das Vorabentscheidungsverfahren gemäß Art. 267 AEUV ff. fällt nicht in den möglichen Zuständigkeitsbereich des EuG nach Art. 256 I 1 AEUV. Soweit sich eine Zuständigkeit des EuG darüber hinaus aus Art. 256 III AEUV ergeben könnte, enthält die Satzung bislang noch keine spezielle Zuständigkeitsbegründung in Bezug auf das EuG für Vorabentscheidungsverfahren. Daher bleibt es bei der Zuständigkeit des EuGH.

II. Vorlageberechtigung

Vorlageberechtigt sind gemäß Art. 267 II, III AEUV mitgliedstaatliche Gerichte, also auf gesetzlicher Grundlage beruhende, unabhängige und auf Dauer eingerichtete Institutionen obligatorischer Streitbeilegung, die Rechtsnormen im Rahmen eines streitigen Verfahrens anwenden. Der BGH stellt unproblematisch ein Gericht in diesem Sinne dar und ist damit vorlageberechtigt.

III. Vorlagegegenstand

Nach Art. 267 I lit. b) AEUV entscheidet der EuGH über die Gültigkeit und die Auslegung der Handlungen der Organe der Union. Die Richtlinie ist als Sekundärrechtsakt (vgl. Art. 288 III AEUV; ex-Art. 249 III EG) eine »Handlung der Organe« der Union i. S. v. Art. 267 I lit. b) AEUV.

IV. Statthaftigkeit der Vorlagefrage

Statthaft sind Fragen über die *Gültigkeit und Auslegung des Unionsrechts*², nicht jedoch hinsichtlich der Gültigkeit nationalen Rechts. Hier geht es um die Auslegung der Richtlinie. Die konkrete Auslegungsfrage könnte wie folgt lauten:

»Sind die Bestimmungen der Richtlinie, insbesondere ihres Artikels 3, dahin auszulegen, dass sie einer nationalen gesetzlichen Regelung entgegenstehen, die besagt, dass der Verkäufer im Falle der Herstellung des vertragsgemäßen Zustandes des Verbrauchsgutes durch Ersatzlieferung von dem Verbraucher Wertersatz für die Nutzung des zunächst gelieferten vertragswidrigen Verbrauchsgutes verlangen kann?«³

oder auch einfacher:

»Ist Art. 3 der Richtlinie dahin auszulegen, dass er einer innerstaatlichen Regelung entgegensteht, wonach der Verbraucher im Falle einer mangelbedingten Ersatzlieferung durch den Verkäufer diesem gegenüber zum Wertersatz für die gezogenen Nutzungen verpflichtet ist?«⁴

V. Entscheidungserheblichkeit

Nach Art. 267 II AEUV müsste der BGH die Entscheidung über die Vorlagefrage zudem »zum Erlass seines Urteils für erforderlich« halten. Allerdings verneint der BGH die Auslegungsfähigkeit der deutschen Zivilrechtsnormen angesichts ihres Wortlauts sowie des klaren subjektiv-historischen Willens des Gesetz-

gebers⁵. Damit ist fraglich, inwieweit ein EuGH-Urteil überhaupt relevant für den Ausgang der Streitigkeit zwischen A und B sein soll.

1. Grundsatz der Vermutung der Erforderlichkeit

Indessen ist es im Rahmen der ebenenübergreifenden gerichtlichen Aufgabenverteilung *grundsätzlich* den innerstaatlichen, mit dem Rechtsstreit befassten Gerichten überlassen, über die Frage der Entscheidungserheblichkeit zu befinden (*Vermutung der Erforderlichkeit*). Dem entspricht eine grundsätzliche Pflicht des EuGH, über Vorlagefragen im Interesse der einheitlichen und damit gleichen Anwendung des Unionsrechts zu entscheiden.

2. Ausnahme für Rechtsproblem hypothetischer Natur (erster Problemschwerpunkt)

Nur in *eng auszulegenden* Ausnahmefällen lehnt der EuGH die Zulässigkeit aufgrund fehlender Entscheidungserheblichkeit ab. Solche Fälle liegen etwa vor, wenn die erbetene Auslegung des Unionsrechts offensichtlich in keinem Zusammenhang mit der Realität oder dem Gegenstand des Ausgangsrechtsstreits steht (1), wenn das Problem rein hypothetischer Natur ist (2) oder wenn der Gerichtshof nicht über die tatsächlichen oder rechtlichen Angaben verfügt, die für eine sachdienliche Beantwortung der ihm vorgelegten Fragen erforderlich sind (3)⁶.

Ein Ausnahmefall im ersten oder dritten Sinne ist hier nicht ersichtlich. Allenfalls könnte man im Sinne der B annehmen, dass das Rechtsproblem hypothetischer Natur sei. Indessen ist eine Ausnahme zur Erforderlichkeitsvermutung restriktiv zu handhaben. Die einheitliche Anwendung des Unionsrechts wäre gefährdet, wenn der Gerichtshof dazu überginge, seine grundsätzliche Verpflichtung zur Entscheidung nach Art. 267 AEUV und zur Wahrung des Rechts nach Art. 19 I 2 EUV (ex-Art. 220 EG) bereits dann zurückzunehmen, wenn die bloße Möglichkeit im Raum steht, dass das nationale Gericht das konkrete Entscheidungsergebnis des EuGH evtl. nicht berücksichtigen kann⁷. Darüber hinaus unterliegt die Frage, welche Wirkungen eine Richtlinie im Einzelfall entfaltet, wiederum selbst dem Unionsrecht, für dessen Auslegung der EuGH gerade zuständig ist. Dies gilt ebenso für Bedingungen und Grenzen des Prinzips der europarechts- bzw. unionsrechtskonformen Auslegung. Der BGH schließt nur eine »klassische Auslegung« aus. Möglicherweise gibt es daneben bzw. darüber hinaus aber andere Wege, die Bestimmungen der Richtlinie zu berücksichtigen. Die Möglichkeit einer Berücksichtigung des Entscheidungsergebnisses des EuGH durch den BGH ist vorliegend jedenfalls nicht ausgeschlossen. Letztlich kann sich eine bloße Ungewissheit des nationalen Gerichts über die spätere Möglichkeit, die konkrete Antwort des EuGH auch berücksichtigen zu können, nicht auf dessen Verpflichtung auswirken, über die Frage zu befinden⁸.

2 Der Begriff Unionsrecht bezieht sich seit Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon allgemein auf das Recht der Europäischen Union und nicht mehr ausschließlich auf das Recht der ehemaligen zweiten und dritten Säule, vgl. etwa Art. 19 II EUV.

3 Vgl. insoweit den Original-Vorlagebeschluss des BGH, EuZW 2007, 286.

4 Ein Fehler wäre es an dieser Stelle, wenn nach der Nichtigkeit der innerstaatlichen Normen aufgrund ihrer Europarechtswidrigkeit gefragt würde. Der EuGH entscheidet im Wege von Art. 267 AEUV gerade nicht über die Gültigkeit von nationalem Recht, sondern über die Auslegung und die Gültigkeit von Unionsrecht.

5 Zu diesem Problem in Bezug auf die Originalvorlage des BGH, EuZW 2007, 286, vgl. die Anmerkung von LORENZ NJW 2006, 3200 (3203) sowie HUMMEL EuZW 2007, 268 (269, 272).

6 Vgl. auch EuGH, Rs C-419/04 – CONSEIL GÉNÉRAL DE LA VIENNE, Slg 2006, I-5645, Rdn. 20; sowie C-119/05 – LUCCHINI, Slg 2007, I-6199, Rdn. 44.

7 EuGH, Rs C-404/06 – QUELLE, Slg 2008, I-2685, Rdn. 22.

8 Ebd.

VI. Ergebnis

Das Vorabentscheidungsverfahren ist daher zulässig (a. A. vertretbar)⁹.

B. Entscheidung des BGH

A hat die 70 Euro ohne Rechtsgrund an B gezahlt und dementsprechend einen Anspruch auf Rückzahlung (§§ 812 I 1, 1. Alt., 818 BGB), wenn B zum fraglichen Zeitpunkt keinen Anspruch auf Wertersatz der gezogenen Nutzungen im Sinne der Gebrauchsvorteile (§ 100 BGB) gegen A hatte¹⁰.

I. Deutsches Verbrauchsgüterrecht

Nach deutschem Verbrauchsgüterkaufrecht bestand zu diesem Zeitpunkt – dies gibt der Sachverhalt eindeutig vor – aber gerade ein solcher Anspruch der B gegen A. Nach deutschem Recht war ein Rechtsgrund für die Zahlung also vorhanden¹¹.

II. Fehlender Rechtsgrund aufgrund von Unionsrecht?

Etwas anderes könnte sich jedoch aus dem Unionsrecht ergeben. Aus der für die innerstaatlichen Gerichte bindenden EuGH-Entscheidung aus dem Jahr 2008 geht ja gerade hervor, dass die Richtlinie einer nationalen Regelung entgegensteht, die dem Verkäufer Wertersatz für die gezogenen Nutzungen gegenüber dem Verbraucher zuspricht¹². Für die Frage des Rechtsgrundes der Zahlung entscheidend ist folglich, inwieweit sich A gegenüber B auf die *Unionsrechtswidrigkeit* dieser deutschen Rechtslage berufen kann bzw. inwiefern die Vorschriften der Richtlinie auf den Ausgangsstreit durchschlagen können¹³.

1. Unmittelbare Anwendung von Art. 3 II u. III der Richtlinie

In Betracht kommt zunächst eine unmittelbare Anwendung¹⁴ von Art. 3 II u. III der Richtlinie. Diese Bestimmungen zielen auf einen Gewährleistungsanspruch des Verbrauchers auf »unentgeltliche« Ersatzleistung und eine entsprechende Verpflichtung des Verkäufers ab. Dementsprechend würde die unmittelbare Anwendbarkeit dazu führen, dass der Anspruch der B gegen A auf Wertersatz nach dem nationalen Recht entfele¹⁵.

a) Grundsätzlicher Ausschluss einer unmittelbaren Anwendbarkeit von Richtlinien?

Nach Art. 288 III AEUV ist die Richtlinie für jeden Mitgliedstaat, an den sie gerichtet wird, hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich, überlässt jedoch den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel. Adressat ist also – anders als bei einer Verordnung i. S. v. Art. 288 II AEUV – gerade nicht das private Rechtssubjekt, sondern der Mitgliedstaat. Aus einem Umkehrschluss zu Art. 288 II AEUV könnte man deshalb folgern, dass die Richtlinie selbst keine unmittelbaren Wirkungen entfalten kann.

Allerdings wäre es mit der den Richtlinien durch Art. 288 III AEUV zuerkannten verbindlichen Wirkung unvereinbar, grundsätzlich auszuschließen, dass betroffene Personen sich auf die durch die Richtlinie auferlegte Verpflichtung berufen können. Denn gerade in Fällen, in denen etwa die Unionsorgane die Mitgliedstaaten durch die Richtlinie zu einem bestimmten Verhalten verpflichten, würde die nützliche Wirkung (*»effet utile«*) einer solchen Maßnahme abgeschwächt, wenn sich ein Einzelner vor Gericht nicht hierauf berufen und die staatlichen Gerichte sie nicht als Bestandteil des Unionsrechts berücksichtigen könnten¹⁶.

Dafür spricht auch die *Natur des Vorabentscheidungsverfahrens* gemäß Art. 267 AEUV. Dass die staatlichen Gerichte befugt sind, den Gerichtshof mit der Gültigkeit und Auslegung aller

Handlungen der Organe ohne Unterschied zu befassen, setzt voraus, dass die Einzelnen sich vor diesen Gerichten auf die genannten Handlungen berufen können¹⁷. Hinzu kommt eine *Sanktionswirkung* gegenüber dem säumigen oder fehlerhaft umsetzenden Mitgliedstaat. Diesem muss es gegenüber dem Einzelnen verwehrt bleiben, Vorteile aus seinem eigenen vertragswidrigen Verhalten zu ziehen, ähnlich dem Verbot treuwidrigen Handelns (*venire contra factum proprium*) oder dem anglo-amerikanischen *estoppel*-Gedanken¹⁸.

Entgegen der Rechtsansicht der B ist daher eine unmittelbare Wirkung von Richtlinien nicht generell auszuschließen, sondern *in jedem einzelnen Fall gesondert* zu prüfen, ob die Bestimmung, um die es geht, nach Rechtsnatur, Systematik und Wortlaut geeignet ist, unmittelbare Wirkungen in den Rechtsbeziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den Einzelnen zu begründen¹⁹.

b) Voraussetzungen in Bezug auf den normativen Charakter der Richtlinienbestimmungen

Damit muss die fragliche Bestimmung zunächst bestimmte normative Anforderungen erfüllen. Um unmittelbar anwendbar zu sein, bedarf es einer *hinreichenden Bestimmtheit und Unbedingtheit* der betreffenden Richtlinie (1), eines *Ablaufs der Umsetzungsfrist* (2) sowie einer *gänzlichen fehlenden oder aber fehlerhaften Umsetzung* der Richtlinie (3)²⁰.

Art. 3 II u. III der Richtlinie knüpfen mit dem Kriterium der Unentgeltlichkeit an ein vergleichsweise klar umrissenes Tatbestandsmerkmal an. Zudem sind sie keinem zeitlichen oder inhaltlichen Vorbehalt unterstellt. Hinreichende Bestimmtheit und Unbedingtheit liegt damit vor. Darüber hinaus ist auch die Umsetzungsfrist der Richtlinie abgelaufen. Wie das Urteil

⁹ So auch das Ergebnis im zugrunde gelegten Originalfall, ebd., Rdn. 23. Zuvor bereits LORENZ NJW 2006, 3200 (3203), der die Entscheidung des EuGH richtig prognostiziert, aber gleichermaßen die innere Widersprüchlichkeit des Vorlagebeschlusses hervorhebt. Zur Problematik auch HUMMEL EuZW 2007, 268 (269).

¹⁰ Nach den anderen Voraussetzungen der Leistungskondition ist hier nicht gefragt.

¹¹ Die Ausnahmeregel in § 474 II 1 nF BGB, wonach im Falle des Verbrauchsgüterkaufs gerade kein Anspruch auf Nutzungsherausgabe entstehen soll, trat erst zum 15. 12. 2008 in Kraft. Zuvor verwies § 474 BGB aF mit Blick auf die Herausgabe der Nutzungen uneingeschränkt auf § 439 IV i. V. m. §§ 346 ff. BGB.

¹² Vgl. EuGH, Rs C-404/06 – QUELLE, Slg 2008, I-2685, Rdn. 24 ff., 43. Dazu HERRETHAL NJW 2008, 2476 ff. sowie die Urteilsanmerkung von FISCHINGER EuZW 2008, 312 ff.

¹³ Falsch wäre es, hier von der Nichtigkeit der unionsrechtswidrigen Bestimmungen auszugehen. Die Europarechtswidrigkeit führt gerade nicht zur Nichtigkeit, sondern über den Anwendungsvorrang des Europarechts ggf. nur zur Unanwendbarkeit des innerstaatlichen Rechts.

¹⁴ Unmittelbare Geltung (direct applicability, applicabilité directe) und unmittelbare Anwendbarkeit bzw. Wirkung (direct effect, effet direct) des Unionsrechts sind grundsätzlich auseinanderzuhalten, vgl. im Einzelnen WINTER, CMLRev. 1972, 425 ff. Allerdings erfolgt die Trennung in Wissenschaft und Praxis keineswegs einhellig, vgl. kritisch HALTERN, Europarecht, 2. Aufl. 2007, § 6.

¹⁵ Insoweit handelt es sich primär um eine unmittelbare Wirkung dergestalt, dass die nationalen Vorschriften über den Wertersatz unanwendbar würden (sog. »invocabilité de sanction«). Rückt man hingegen das positive Recht des A auf Unentgeltlichkeit in den Vordergrund, so könnte man auch alternativ von einer »invocabilité de substitution« sprechen, bei der A als Begünstigter unmittelbar ein positives Recht aus der Richtlinie herleitet, das die nationale Regelung dann ersetzt bzw. überlagert.

¹⁶ EuGH, Rs 41/74 – VAN DUYN, Slg 1974, 1337, Rdn. 12. Vgl. zuvor bereits in Bezug auf Entscheidungen EuGH, Rs 9/70 – FRANZ GRAD (Leberpfennig), Slg 1970, 825, Rdn. 5.

¹⁷ Ebd.

¹⁸ EuGH, Rs 148/78 – RATTI, Slg 1979, 1629, Rdn. 22 f; Rs 8/81 – BECKER, Slg 1982, 52, Rdn. 24.

¹⁹ EuGH, Rs 41/74 – VAN DUYN, Slg 1974, 1337, Rdn. 12. Vgl. zuvor bereits in Bezug auf Entscheidungen EuGH, Rs 9/70 – FRANZ GRAD (Leberpfennig), Slg 1970, 825, Rdn. 5.

²⁰ Ebd.

des EuGH aus dem Jahr 2008 zeigt, widersprechen die Vorschriften der Richtlinie zudem dem innerstaatlichen Verbrauchsgüterkaufrecht in Deutschland. Die Umsetzung erfolgte daher jedenfalls zum Teil fehlerhaft.

Daher erfüllen Art. 3 II u. III der Richtlinie alle Voraussetzungen in normativer Hinsicht, um unmittelbar anwendbar zu sein.

c) *Voraussetzungen in Bezug auf das zugrunde liegende Rechtsverhältnis (2. Problemschwerpunkt)*

Fraglich ist indessen, ob sich A auch gegenüber B auf die Bestimmungen der Richtlinie berufen kann. A ist diesbezüglich der Auffassung, ihr dürften als Verbraucher die in der Richtlinie vorgesehenen Rechte nicht deshalb versagt werden, weil der Staat die Umsetzung erwiesen fehlerhaft betrieben habe. Allerdings ist das an sich zutreffende Argument, der Staat dürfe gegenüber dem Einzelnen keine Vorteile aus seinem vertragswidrigen Verhalten ziehen, auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar, weil sich A gerade nicht unmittelbar gegenüber dem Staat auf die Richtlinie berufen will. Ein vertikales Streitverhältnis, in dessen Rahmen eine Berufung auf die Richtlinie wegen des Sanktionsgedankens gegenüber dem Staat grundsätzlich möglich ist²¹, liegt hier nicht vor. Darum kommt es vorliegend darauf an, ob eine unmittelbare Anwendbarkeit auch in einem rein horizontalen Streitverhältnis möglich ist.

aa) *Argumente für eine unmittelbare Drittwirkung*

Für die Annahme einer unmittelbaren horizontalen Wirkung von Richtlinien (unmittelbare Drittwirkung)²² spricht zunächst das Bestreben, dem Begünstigten zu seinem Recht zu verhelfen und dessen Position nicht auf unbestimmte Zeit in das Belieben eines säumigen Mitgliedstaats zu stellen²³.

Mit Blick auf das *Diskriminierungsverbot* ist es zudem kaum zu rechtfertigen, dass Rechtssubjekte – etwa Arbeitnehmer – unterschiedlich danach behandelt werden, ob sie mit einem Staat oder aber einem Privaten in einem Vertragsverhältnis stehen, zumal die gleiche Tätigkeit in einem Mitgliedstaat öffentlich-rechtlich, in einem anderen hingegen privatrechtlich organisiert sein kann. Auch die weite Auslegung des Staatsbegriffs durch den EuGH in diesem Zusammenhang zeigt, dass die Grenzziehung häufig schwierig und daher vor dem Hintergrund der Rechtssicherheit problematisch ist²⁴.

Hinzu kommt das *innenmarktrechtliche Problem* entstehen der Wettbewerbsverzerrungen und damit einhergehender möglicher Benachteiligungen der Rechtssubjekte des unionsrechtskonform handelnden Mitgliedstaats. Es widerspricht den Anforderungen an einen Binnenmarkt, wenn im Bereich einer Harmonisierungsmaßnahme unterschiedliches Recht in den verschiedenen Mitgliedstaaten gilt²⁵. Derartige Unterschiede sind allenfalls bis zum Ablauf der Umsetzungsfrist zulässig.

Was schließlich den *Grundsatz der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes* betrifft, so geht es bei Verbraucherschutzrichtlinien gerade speziell um den Schutz der im Wirtschaftsleben für strukturell schwächer befundenen Vertragspartei. Einem großen Unternehmen mit eigener Rechtsabteilung kann durchaus zugemutet werden, sich über den Inhalt der im Amtsblatt veröffentlichten Richtlinien und den Stand der Umsetzung hinreichend zu informieren. Ansonsten würde im Ergebnis das Vertrauen darauf, dass sich der nationale Gesetzgeber unionsrechtswidrig verhalten werde, für schutzwürdig befunden. Der Rechtssicherheitsgedanke könnte zudem dergestalt abgesichert werden, dass jedenfalls eine rückwirkende horizontale Wirkung von Richtlinien ausgeschlossen wird²⁶.

bb) *Argumente gegen eine unmittelbare Drittwirkung*

Allerdings muss mit Blick auf den Gesichtspunkt des *Vertrauensschutzes* betont werden, dass nicht das Vertrauen in die Unionsrechtswidrigkeit der Umsetzung, sondern vielmehr dasjenige in

den *Bestand der innerstaatlichen Rechtsordnung* geschützt wird. Der Private braucht grundsätzlich nicht mit zusätzlichen Belastungen zu rechnen, wenn und soweit er sich rechtmäßig im Rahmen seiner mitgliedstaatlichen Rechtsordnung bewegt. Eine Anerkennung der unmittelbaren Drittwirkung liefe letztlich auf eine *unzulässige Belastung Dritter* hinaus.

Würde ein Privater Belastungen ausgesetzt, die sich aus einer nicht an ihn adressierten und mangelhaft umgesetzten Richtlinie ergeben, so wäre ein Regress gegen den säumigen Mitgliedstaat zudem auf die engen Voraussetzungen der Staatshaftung für legislatives Unrecht *begrenzt* und der Staat damit weitgehend aus der Verantwortung für seine Fehler bei der Umsetzung von Richtlinien genommen.

Hinzu kommen der Wortlaut von Art. 288 III AEUV und die daraus hervorgehende Rechtsnatur von Richtlinien. Dass eine Richtlinie nur für den betreffenden Mitgliedstaat verbindlich ist, muss jedenfalls heißen, dass eine Richtlinie nicht selbst Verpflichtungen für einen Einzelnen begründen kann²⁷.

Alles andere käme letztlich einer *unzulässigen Vermengung der Handlungsformen* Verordnung und Richtlinie gleich. Eine Ausdehnung der Rechtsprechung zur vertikalen Direktwirkung auf horizontale Rechtsverhältnisse hieße, der Union die Befugnis zuzuerkennen, mit unmittelbarer Wirkung zu Lasten der Bürger Verpflichtungen anzuordnen, obwohl sie dies nur dort darf, wo ihr die Befugnis zum Erlass von Verordnungen zugewiesen ist²⁸.

d) *Zwischenergebnis*

Damit ergibt sich, dass auch eine klare, genaue und unbedingte Richtlinienbestimmung, mit der dem Einzelnen Rechte gewährt oder Verpflichtungen auferlegt werden sollen, im Rahmen eines Rechtsstreits zwischen Privaten keine Anwendung finden kann²⁹. (h. M. u. Rspr., a. A. vertretbar). Damit scheidet eine unmittelbare Anwendung der Richtlinie im Verhältnis zwischen A und B aus. Es bleibt insoweit bei der deutschen Rechtslage und damit bei einem Bestehen der Pflicht zum Wertersatz.

2. Konformauslegung

Allerdings könnte das deutsche Zivilrecht unionsrechtskonform ausgelegt oder – über die Grenzen klassischer Auslegung im Sinne der deutschen Methodenlehre³⁰ hinaus – fortgebildet werden und insoweit einer mittelbaren Wirkung der Richtlinie unterliegen.

a) *Grundsatz*

Die unionsrechtskonforme Auslegung ist ein europarechtlicher Grundsatz, der seine normative Grundlage im *Loyalitätsgebot*

21 Vgl. EuGH, Rs 41/74 – VAN DUYN, Slg 1974, 1337, Rdn. 12 ff.; Rs 8/81 – BECKER, Slg 1982, 52, Rdn. 21 ff.; Rs 152/84 – MARSHALL I, Slg 1986, 723, Rdn. 46 ff.

22 Für eine unmittelbare Drittwirkung plädieren insbesondere GA LENZ Schlussanträge Rs C-91/92 – FACCINI DORI, Slg 1994, I-3325, Rdn. 48 ff.; GA JACOBS Schlussanträge Rs C-316/93 – VANEETVELD, Slg 1994, I-763, Rdn. 23; CURTIN CMLRev. 1990, 709 (723); GRABITZ FS Deringer, 1993, 59 (69 ff.); MÜLLER-GRAFF NJW 1993, 13 (20).

23 GA LENZ Schlussanträge Rs C-91/92 – FACCINI DORI, Slg 1994, I-3325, Rdn. 48, Hervorhebung hinzugefügt.

24 EuGH, Rs 152/84 – MARSHALL I, Slg 1986, 723, Rdn. 46 ff.; Rs 222/84 – JOHNSTON, Slg 1986, 1651, Rdn. 56 f.; Rs C-188/89 – FOSTER, Slg 1990, I-3313, Rdn. 19 f.

25 Vgl. die Argumente des GA LENZ Schlussanträge Rs C-91/92 – FACCINI DORI, Slg 1994, I-3325, Rdn. 50 ff.

26 Vgl. ebd.

27 EuGH, Rs 152/84 – MARSHALL I, Slg 1986, 723, Rdn. 48, sowie EuGH, Rs 80/86 – KOLPINGHUIS NIJMEGEN, Slg 1987, 3969, Rdn. 9.

28 EuGH, Rs C-91/92 – FACCINI DORI, Slg 1994, I-3325, Rdn. 24.

29 EuGH, verb. Rs C-397/01 bis C-403/01 – PFEIFFER UA, Slg 2004, I-8835, Rdn. 109, unter Bezug auf die vorhergehende Rechtsprechung.

30 Vgl. etwa LARENZ/CANARIS Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, 143.

nach Art. 4 III AEUV (ex-Art. 10 EGV) findet und sich zudem für Richtlinien speziell aus dem Umsetzungsgebot in Art. 288 III AEUV ableitet³¹. Dem nationalen Gericht wird dadurch ermöglicht, die praktische Wirksamkeit des Unionsrechts auch dann zu gewährleisten, wenn eine unmittelbare Anwendbarkeit der betreffenden Norm nicht in Betracht kommt. Auch wenn die Konformauslegung in erster Linie die speziell zur Richtlinienumsetzung erlassenen Bestimmungen des innerstaatlichen Rechts betrifft, so verlangt der *effet utile* des Unionsrechts darüber hinausgehend, das *gesamte*, d. h. auch das bereits bestehende, nationale Recht zu berücksichtigen. Insbesondere wenn es das nationale Recht durch die Anwendung seiner Auslegungsmethoden ermöglicht, eine innerstaatliche Bestimmung so auszulegen, dass eine Kollision mit einer anderen Norm innerstaatlichen Rechts vermieden wird, oder die Reichweite dieser Bestimmung zu diesem Zweck einzuschränken und sie nur insoweit anzuwenden, als sie mit dieser Norm vereinbar ist, so ist das nationale Gericht verpflichtet, die gleichen Methoden anzuwenden, um das von der Richtlinie verfolgte Ziel zu erreichen³².

Demnach könnte das deutsche Recht hier richtlinienkonform ausgelegt werden.

b) Grenzen der Konformauslegung (3. Problemschwerpunkt)

Allerdings kann eine solche unionsrechtskonforme Auslegung nicht grenzenlos gewährleistet sein.

aa) Rechtsfortbildung als Grenze?

Der Grundsatz der *Rechtssicherheit* – der nicht nur innerstaatlich über Art. 20 III GG, sondern auch im Unionsrecht als allgemeiner Rechtsgrundsatz garantiert ist – fordert, dass eine richtlinienkonforme Auslegung *grundsätzlich nicht als Grundlage für eine Auslegung contra legem* des nationalen Rechts herangezogen werden darf³³. B trägt in diesem Zusammenhang vor, jedenfalls die Schwelle zur *Rechtsfortbildung* dürfe nicht überschritten werden, da die Abänderung der Gesetzeslage allein dem mitgliedstaatlichen Gesetzgeber zustehe.

Für eine solche Grenzziehung sprechen zunächst ähnliche Argumente wie die bereits gegen die unmittelbare Anwendbarkeit angeführten. Insbesondere das nach dem *Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit* geschützte Vertrauen des Privaten auf den Bestand der innerstaatlichen Rechtsordnung spricht gegen eine den *klaren Wortlaut* überspielende Rechtsfortbildung.

Hinzu kommt vorliegend neben dem eindeutigen Gesetzestext des deutschen Verbrauchsgüterkaufrechts außerdem, dass sogar der klare Wille des Gesetzgebers, der Verbraucher müsse dem Verkäufer im Falle der Ersatzlieferung »auch die Nutzungen (...) herausgeben«, dokumentiert ist³⁴. Die Rechtsfortbildung wäre also nicht nur gegen den Wortlaut, sondern zugleich gegen den *subjektiv-historischen Willen des Gesetzgebers* gerichtet. Der Grundsatz der *Gewaltenteilung* spricht aber dagegen, dass die eindeutige gesetzgeberische Wertung durch die Judikative aufgehoben wird. Diese ist an Recht und Gesetz gebunden, Art. 20 III GG.

bb) Richtlinienkonforme Rechtsfortbildung durch teleologische Reduktion

Allerdings ist der *Wille des Gesetzgebers in sich widersprüchlich*. Einerseits soll dem Verkäufer im Fall der Ersatzlieferung ein Anspruch auf Herausgabe der vom Käufer gezogenen Nutzungen zukommen. Andererseits soll aber zugleich eine richtlinienkonforme Regelung geschaffen werden. Wie das Urteil des EuGH zeigt, ging der deutsche Gesetzgeber hierbei von der irigen Annahme aus, dass die Regelung über den Nutzungsersatz den Anforderungen der Richtlinie genüge. Die fehlende gesetzliche Differenzierung, den Käufer im Falle des Verbrauchsgüterkaufes von der Pflicht zum Wertersatz der gezogenen Nutzungen auszunehmen, ist daher eine *planwidrige und verdeckte Rege-*

*lungslücke*³⁵. Diese könnte im Wege einer *teleologischen Reduktion* geschlossen werden.

Dafür spricht auch, dass der unionsrechtlichen Konzeption von »Auslegung« gerade nicht zwingend die im deutschen Rechtskreis übliche Unterscheidung zwischen Auslegung (im engeren Sinne) und Rechtsfortbildung zugrunde liegt. Begrifflich wird dem hermeneutischen Vorgehen des EuGH in der Literatur vielmehr ein vergleichsweise weites Verständnis von »Auslegung« unterlegt, das auch Elemente der Rechtsfortbildung umfasst und sich insoweit stärker an die französische Methodenlehre im Sinne einer »interprétation« anlehnt³⁶. Der von der Rechtsprechung des EuGH geprägte Grundsatz der richtlinienkonformen Auslegung verlangt von den innerstaatlichen Gerichten daher *mehr als bloße Auslegung* im Sinne der deutschen Methodenlehre.

Vor diesem Hintergrund muss auch das vom EuGH zugestandene Verbot des *Contra-legem-Judizierens* vielmehr in einem *funktionellen Sinne* verstanden werden, nämlich als ein Bereich, in dem eine richterliche Rechtsfindung nach nationalen Methoden gänzlich unzulässig ist. Der Grundsatz der richtlinienkonformen Auslegung fordert deshalb auch, das nationale Recht, wo dies nötig und möglich ist, *richtlinienkonform fortzubilden*³⁷. Der Wortlaut bildet dann keine zwingende Grenze der richtlinienkonformen Auslegung, wenn seine Überschreitung nach allgemeinen methodischen Grundsätzen gerechtfertigt ist³⁸. Die Mitgliedstaaten sind zur Ausschöpfung des gesamten nationalen Methodenspektrums verpflichtet, um ein möglichst richtlinienkonformes Ergebnis der Auslegung zu erreichen³⁹.

Aus dem Vorrang des Gesetzes nach Art. 20 III GG folgt zudem nicht zwingend ein Verbot für die Gerichte, vorhandene Lücken im Wege richterlicher Rechtsfortbildung zu schließen⁴⁰. Zwar darf der Richter nicht eine eindeutige Entscheidung des Gesetzgebers aufgrund abweichender rechtspolitischer Ansichten modifizieren. Auch eine eindeutige Umsetzungsverweigerung des nationalen Gesetzgebers verböte eine Konformauslegung⁴¹. Allerdings ist eine der teleologischen Reduktion eindeutig entgegenstehende Wertungsentscheidung des Gesetz-

31 Vgl. speziell für Richtlinien EuGH, Rs 14/83 – VON COLSON UND KAMANN, Slg 1984, 1891, Rdn. 26; Rs C-106/89 – MARLEASING, Slg 1990, I-4135, Rdn. 8; Rs C-334/92 – WAGNER MIRET, Slg 1993, I-6911, Rdn. 20; Rs C-91/92 – FACCINI DORI, Slg 1994, I-3325, Rdn. 26; verb. Rs C-397/01 bis C-403/01 – PFEIFFER UA, Slg 2004, I-8835, Rdn. 110 ff. Daneben sehen einige innerstaatliche Höchst- und Verfassungsgerichte die Pflicht zur europarechtsfreundlichen Auslegung zugleich im nationalen (Verfassungs-)Recht verankert, wobei ebenso die Pflicht des EuGH betont wird, auf das nationale Verfassungsrecht Rücksicht zu nehmen, vgl. etwa den *Solange-I*-Beschluss, BVerfGE 37, 271 (278); poln. VerfGH, Entsch. v. 11. 5. 2005 – Az. K 18/04 – Beitrittsvertrag = EuR 2006, 236 (237) sowie tschech. VerfG, Urt. v. 26. 11. 2008 – Pl. US. 19/08 – Vertrag von Lissabon, Rdn. 85.

32 EuGH, verb. Rs C-397/01 bis C-403/01 – PFEIFFER UA, Slg 2004, I-8835, Rdn. 114 ff.

33 EuGH, Rs C-212/04 – ADENELER, Slg 2006, I-6057, Rdn. 110.

34 Im Originalfall ergab sich dies aus den Materialien zur Schuldrechtsreform, vgl. BT-Drs 14/6040, 232 f.

35 Vgl. BGH, NJW 2009, 427 (429).

36 Vgl. CONSTANTINESCO Das Recht der EG I, 807; ANWEILER Die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, 1997, 37; WENDEL ZaöRV 2008, 803 (807 ff.).

37 BGH, Urt. v. 26. 11. 2008 – VIII ZR 200/05 – QUELLE, NJW 2009, 427 (428 f.), Hervorh. hinzugefügt. Vgl. zuvor bereits CANARIS FS Bydlinski, 2002, 47 (81 f.); GEBAUER GEBAUER/WIEDMANN, Kap. 3 Rdn. 38; FRANZEN Privatrechtsangleichung durch die Europäische Gemeinschaft, 1999, 358; HERRETHAL Rechtsfortbildung im europarechtlichen Bezugsrahmen, 2006, 317 f.; BALDUS/BECKER ZEuP 1997, 873 (883). AA hingegen HABERSACK/MAYER WM 2002, 253 (256); EHRLICH ZIP 2004, 1025 (1029 f.).

38 PFEIFFER NJW 2009, 412.

39 MÖRSDORF EuR 2009, 219 (225 ff.).

40 Vgl. BVerfGE 82, 6 (11 f.); BVerfGE 111, 54 (82) m. w. N.

41 MÖRSDORF EuR 2009, 219 (230).

gebers gerade nicht vorhanden, da sich aus den Entstehungsmaterialien zumindest auch die *konkrete – und nicht nur lediglich abstrakte – Absicht des Gesetzgebers zu richtlinienkonformem Verhalten* ergibt⁴². Auch hält sich die teleologische Reduktion mit Blick auf den Vertrauensschutz hier im Rahmen vorhersehbarer Entwicklung, da die Regelungen der Richtlinie klar und deutlich sind und insbesondere die Richtlinienkonformität der Vorschrift lt. Sachverhalt von zahlreichen Stimmen im Schrifttum verneint wurde⁴³.

3. Zwischenergebnis

Damit kann das deutsche Recht unionsrechtskonform so fortgebildet werden, dass kein Anspruch der B gegen A auf Wertersatz der gezogenen Nutzungen bestand (a. A. gut vertretbar)⁴⁴.

III. Endergebnis

Es bestand demnach kein Rechtsgrund zur Zahlung der 70 Euro⁴⁵.

Teil II – Abwandlung (Nichtvorlage durch BGH)

I. Verstoß gegen Europarecht

Der BGH könnte seine Vorlagepflicht aus Art. 267 III AEUV verletzt haben. Danach sind letztinstanzliche Gerichte zur Vorlage verpflichtet, wenn sich im Rahmen eines Rechtsstreits die Frage der Auslegung von Unionsrecht stellt und das Gericht eine Entscheidung darüber zum Erlass seines Urteils für erforderlich hält. Die Grenzen der Vorlagepflicht sind von Seiten des Unionsrechts sehr eng gezogen. Nach der Rechtsprechung des EuGH im Fall *CILFIT* kann die Vorlagepflicht nur in Ausnahmefällen entfallen. Dies ist zum einen dann der Fall, wenn die gestellte Frage tatsächlich bereits in einem gleichgelagerten Fall Gegenstand einer Vorabentscheidung gewesen ist oder wenn der Gerichtshof die betreffende Rechtsfrage, gleich in welchem Verfahren, in einer gesicherten Rechtsprechung gelöst hat. Dies geht selbst dann, wenn die strittigen Fragen nicht vollkommen identisch sind⁴⁶.

Zum anderen ist eine Vorlage nicht erforderlich, wenn das vorlegende, letztinstanzliche Gericht festgestellt hat, dass die richtige Anwendung des Unionsrechts derart offenkundig ist, dass für einen vernünftigen Zweifel keinerlei Raum bleibt (sog. »*acte claire*«). Ob ein solcher Fall gegeben ist, ist unter Berücksichtigung der Eigenheiten des Unionsrechts, der besonderen Schwierigkeiten seiner Auslegung und der Gefahr voneinander abweichender Gerichtsentscheidungen innerhalb der Union zu beurteilen⁴⁷.

Ein Urteil im Sinne der ersten Fallgruppe ist im vorliegenden Fall nicht gegeben. Auch ist die Rechtslage angesichts der sich widersprechenden Wortlaute der Richtlinie und des nationalen Gesetzes nicht offenkundig, sodass kein *acte claire* vorliegt. Damit hat der BGH seine Vorlagepflicht aus Art. 267 III AEUV verletzt.

II. Verstoß gegen das GG

In Betracht kommt eine Verletzung von Art. 101 I 2 GG (*Entzug des gesetzlichen Richters*) durch die unterbliebene Vorlage des BGH an den EuGH.

Die Gerichtsbarkeit der Union ist mit der der Mitgliedstaaten funktional verschränkt. Hinzu kommt der Umstand, dass das

Unionsrecht Teil der innerstaatlich geltenden Rechtsordnung der Bundesrepublik Deutschland ist und von ihren Gerichten zu beachten, auszulegen und anzuwenden ist. Daher ist der *EuGH als gesetzlicher Richter* im Sinne des Art. 101 I 2 GG anzusehen⁴⁸. Art. 101 I 2 GG ist damit grundsätzlich für die Frage einer unterbliebenen Vorlage anwendbar.

Was den materiellen Maßstab anbelangt, so hatte das BVerfG im Solange-II-Beschluss den Maßstab auf eine reine *Willkürprüfung* reduziert⁴⁹ und lag insoweit unterhalb der Anforderungen, die sich unionsrechtlich aus der Vorlagepflicht (und ihren Grenzen) nach Art. 267 III AEUV ergeben⁵⁰. Im 2001 ergangenen Teilzeitbeschluss hat das BVerfG den Prüfungsmaßstab so formuliert, dass ein Verstoß gegen Art. 101 I 2 GG gegeben sei, wenn das letztinstanzliche Gericht seine Vorlageverpflichtung grundsätzlich verkennt oder eine entscheidungserhebliche Frage des Unionsrechts nicht vorlegt, obgleich es noch keine (erschöpfende) EuGH-Rechtsprechung gibt und eine Fortentwicklung der Rechtsprechung möglich erscheint⁵¹.

Der BGH geht in der Fallabwandlung davon aus, dass die Vorschriften der Richtlinie klar und deutlich seien und einem Anspruch des Verkäufers gegen den Verbraucher auf Wertersatz jedenfalls nicht entgegenstünden. Allerdings bestehen bereits bei oberflächlicher Lektüre des Wortlauts der Richtlinie und des darin aufgestellten Grundsatzes der Unentgeltlichkeit ernsthafte Zweifel an der Richtigkeit dieser Auslegung. Die Unentgeltlichkeit im Sinne der Richtlinie spricht gerade gegen eine wie immer geartete Zahlungspflicht des Verbrauchers. Dies wurde auch in der Literatur bereits früh geäußert. Der BGH hat hier jedoch ohne nähere Begründung einfach angenommen, dass die Frage der Unentgeltlichkeit im Sinne der Richtlinie sich gerade nicht auf den Nutzungsersatz erstrecke. Auch dass der nationale Gesetzgeber diese Auslegung teilt, kann sich insoweit nicht positiv auswirken. Denn für die Auslegung des Unionsrechts ist gerade der EuGH zuständig. Eine Entscheidung über die Vereinbarkeit des Grundsatzes der Unentgeltlichkeit mit der Verpflichtung zum Wertersatz lag aber noch nicht vor. Insoweit hat der BGH seine Vorlagepflicht hier unhaltbar gehandhabt. Art. 101 I 2 GG ist verletzt, eine entsprechende Verfassungsbeschwerde hätte Erfolg (a. A. vertretbar).

42 BGH, NJW 2009, 427 (430). Ebenso zuvor bereits HERRESTHAL NJW 2008, 2475 (2477). AA FISCHINGER EuZW 2008, 312 (313).

43 Dies trifft auch für den Originalsachverhalt zu, vgl. den vorher ergangenen Vorlagebeschluss des BGH, EuZW 2007, 286 (287 f) und den dort aufgeführten Meinungsstand.

44 So im Ergebnis auch BGH, NJW 2009, 427 (428 f). Zustimmend PFEIFFER NJW 2009, 412 (413). Hier wird deutlich, dass das Ergebnis letztlich nahe an einer unmittelbaren Anwendbarkeit der Richtlinie liegt.

45 Mittlerweile wurde die Rechtslage durch Einführung von § 474 II 1 nF BGB seitens des Gesetzgebers zum 15. 12. 2008 geändert. Er lautet: »Auf die in diesem Untertitel geregelten Kaufverträge ist § 439 Abs. 4 mit der Maßgabe anzuwenden, dass Nutzungen nicht herauszugeben oder durch ihren Wert zu ersetzen sind.« Die europarechtliche Problematik der Grenzen der Konformauslegung besteht aber natürlich fort.

46 EuGH, Rs 283/81 – CILFIT, Slg 1982, 3415 ff. (4. Leitsatz).

47 Ebd., Rdn. 21.

48 BVerfGE 73, 339 (367 f) sowie BVerfG, NJW 2001, 1267 ff., Rdn. 18 ff.

49 BVerfGE 73, 339 (366).

50 Vgl. EuGH, Rs 283/81 – CILFIT, Slg 1982, 3415 ff.

51 BVerfG, NJW 2001, 1267 ff., Rdn. 18. Letzteres ist insbesondere der Fall, wenn mögliche Gegenauffassungen zu der entscheidungserheblichen Frage des Unionsrechts gegenüber der vom Gericht vertretenen Meinung »eindeutig vorzuziehen sind.«